

De onrechtmatige daad der overheid

*J.M. Polak**

HOOFDSTUK VI. VAN ONRECHTMATIGE DAAD VAN WOLFSBERGEN

De behandeling van de onrechtmatige daad der overheid in hoofdstuk VI (p. 112-128) van het boek van Wolfsbergen bestaat uit de bespreking van een lange reeks van arresten van de Hoge Raad. Eerst komen de arresten zoals de vrouwe Elske en de Rhedense koe, die van aansprakelijkheid wegens schending van een publiekrechtelijke plicht niet wilden weten. De ommekeer komt in 1924 met het Ostermann-arrest, als wordt uitgemaakt dat ook de schending van een publiekrechtelijk voorschrift als civielrechtelijk overheidsonrecht moet worden aangemerkt. Dan volgt het commentaar op drie arresten die ik weergeef in de opschriften van de paragrafen 4, 5 en 6. Het zijn achtereenvolgens Strooppot-arrest: schending door overheid als zodanig van betamelijkheidsregel niet onrechtmatig, Meerboei-arrest: betamelijkheidsregel geldt wel voor overheid als privépersoon handelend, arrest de Boer: invoering criterium 'vrijheid van oordelen'. In § 7 wordt onder het kopje latere rechtspraak aandacht besteed aan onder meer het Heldenkermis-arrest, het Ontvanger-arrest en de Voorste Stroom-arresten. De jurisprudentie is daarmee nog niet geheel behandeld. Er volgt nog een paragraaf 8 over de betekenis van de schending van een subjectief recht en een paragraaf 9 waarin het Zuiderhaven-arrest met zijn onderscheid tussen waarborgnormen en instructienormen wordt besproken.

In § 10 wordt dan een samenvatting gegeven. Ik laat die volgen.

'Het thans verkregen beeld is wellicht niet meer geheel scherp; het kan als volgt worden omschreven:

De Overheid is aansprakelijk, telkens als zij:

* Mr. J.M. Polak is oud-staatsraad.

- 1) een als waarborgnorm te beschouwen rechtsplicht schendt, onverschillig of dezelve publiek- of privaatrechtelijk is;
- 2) inbreuk maakt op een burgerlijk recht zonder beroep te kunnen doen op omstandigheden, die ook de particulier disculperen (waaronder echter bij de Overheid het algemeen belang in staat is, als noodtoestand zodanige disculperende werking te oefenen);
- 3) een betamelijkheidsnorm overtreedt, wanneer zij zich beweegt op een gebied waar haar geen vrijheid van oordeel kan worden toegekend, of de grenzen der haar toekomende vrijheid overschrijdt, dan wel, zonder dat te doen, misbruik maakt van haar bevoegdheid.'

Met een toevoeging in § 11 getiteld Aansprakelijkheid Overheid ex 1403 lid 3 BW is niet meer omvattend dan ex 1401 — dus als de Overheid van aansprakelijkheid wordt vrijgesteld, kan die aansprakelijkheid niet langs een omweg toch worden bereikt door haar als verantwoordelijk voor de handelende persoon aan te spreken — wordt het hoofdstuk afgesloten.

VIJFTIG JAAR IN VOGELVLUCHT

De monografie van Wolfsbergen is met dankbaarheid door de praktijk en de rechtswetenschap aanvaard. Zeker de eerste jaren toen de jurisprudentie die het leeuwendeel vormt nog niet ingrijpend was veranderd. Voor wat de onrechtmatige overheidsdaad betreft, komen we in de literatuur veelvuldig verwijzingen tegen. Ik denk dan onder meer aan het bekende WPNR-artikel van G.J. Scholten van 1949 (4071 en 4072) waarin wordt geopponeerd tegen het 'knappe boek' van Wolfsbergen. Ook in de bewerking van Asser-Hartkamp III van 1994 wordt hoofdstuk VI nog geciteerd.

Er is in de verstreken periode veel gebeurd en veranderd. Overigens niet in de wetgeving. Toen in 1952 de eerste en tweede reeks vraagpunten inzake het Nieuwe Burgerlijk Wetboek door de Minister van Justitie L.A. Donker aan de Tweede Kamer werden voorgelegd, was er ook een bij over de onrechtmatige overheidsdaad. Vraag 13 luidde: Moeten in het burgerlijk wetboek bijzondere bepalingen worden opgenomen omtrent de aansprakelijkheid van de overheid voor de door haar organen gepleegde onrechtmatige daden? Het voorlopige antwoord van de Minister luidde ontkennend: 'De rechtspraak ten aanzien van deze aangelegenheid verkeert in een bepaalde fase van ontwikkeling. Het is niet raadzaam de rechtspraak in die fase te bevriezen. Verdere ontwikkeling van de rechtspraak naar de zich wijzigende omstandigheden ware open te laten.' De betreffende

conclusie werd in de formulering dat 'het — althans voor het tegenwoordige — niet gewenst en ook niet wel mogelijk is' door de Tweede Kamer aangenomen. En zo is het gebleven. In de tekst die bijna 40 jaar later art. 1401 BW kwam vervangen, is geen speciale regeling voor de onrechtmatige overheidsdaad opgenomen. De veranderingen ten opzichte van art. 1401 die in art. 162 van Boek 6 zijn aangebracht, gelden algemeen, dus ook voor de onrechtmatige overheidsdaad.

Wel is er veel veranderd in de jurisprudentie. De Hoge Raad heeft in een groot aantal arresten nieuwe lijnen uitgezet en daarmee niet veel heel gelaten van het stelsel dat door Wolfsbergen is beschreven. Bij deze ontwikkeling is het niet gebleven. Zij is niet alleen door de civielrechtelijke jurisprudentie bepaald. Daaraan is ook bijgedragen door de bestuursrechtwetgeving en de daarop berustende bestuursrechtspraak. Over beide vermeld ik het volgende.

DE JURISPRUDENTIE VAN DE HOGE RAAD

In deze bijdrage kan uiteraard maar heel globaal op de ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Hoge Raad worden ingegaan. Met verwijzing naar de Leidse dissertatie van W.G. Huijgen¹ en de bewerking van A.S. Hartkamp in de Asser-serie meen ik verder te mogen volstaan met het volgende.

Hoewel in beginsel geen verschil moet worden gemaakt tussen de aansprakelijkheid van de overheid en van een particulier persoon en voor beide aansprakelijkheden eerst 1401 en daarna 6:162 de grondslag biedt, lopen de maatstaven die de rechter aanlegt bij de beoordeling van de onrechtmatigheid uiteen. Met name op twee punten manifesteren zich de verschillen.

Het eerste was al bij Wolfsbergen bekend. In de door hem besproken arresten de Boer en Heldenkermis² was door de Hoge Raad erkend dat de taak van de overheid een ruime mate van vrijheid van oordelen en handelen vereist. Op die weg is het college voortgegaan. Het staat de rechter niet vrij de doelmatigheid van de aangevochten

1. Aansprakelijkheid van de overheid. Graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht, 1991.
2. Respectievelijk 13 november 1936, NJ 1937, 182 en 29 maart 1940, NJ 1940, 1128 beide met noot E.M. Meijers.

handeling te beoordelen. Hij moet zich beperken tot een rechtmatigheidsoordeel.

Daarmee is nog niet veel gezegd. Om te bepalen wat wel en niet mag is gaandeweg in de jurisprudentie van de Hoge Raad toepassing gegeven aan beginselen van behoorlijk bestuur. Wat in het tweede lid van art. 6:162 wordt aangeduid met 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' is voor wat de overheid betreft identiek met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De burgerlijke rechter erkent met de invoering en toepassing van deze beginselen dat niet louter civielrechtelijke criteria het oordeel over de onrechtmatigheid bepalen.

De aansprakelijkheid van de overheid verschilt ook in zoverre van die van particulieren dat nog al eens twijfelachtig is of er bij de overheid wel sprake is van onrechtmatigheid. De overheid moet vaak maatregelen treffen die inbreuk maken op rechten van particulieren en schade teweegbrengen maar die eerder als rechtmatig dan als onrechtmatig moeten worden aangemerkt. Omdat rechtmatige overheidsdaden alleen maar een recht op schadevergoeding meebrengen als daarvoor een wettelijke grondslag is aan te wijzen, is nogal eens door de Hoge Raad geprobeerd er een onrechtmatige daad van te maken om zo tot schadevergoeding te kunnen komen.³

De onrechtmatige overheidsdaad betreft de overheid als bestuursorgaan. Daarover gaan de geschillen en de rechterlijke uitspraken. Maar de overheid zorgt ook voor wetgeving en rechtspraak. Kan een vordering ex art. 6:162 BW met succes worden ingesteld als ter zake van die functies van onrechtmatigheid kan worden gesproken? Voor Wolfsbergen waren die vragen nog onbekend. Jurisprudentie was er voor de oorlog niet. Dat is nu wel anders.

De overheid kan voor onrechtmatige wetgeving worden aangesproken. Men zal dan vooral aan algemeen verbindende voorschriften moeten denken zoals algemene maatregelen van bestuur, ministeriële regelingen en verordeningen van provincies, gemeenten e.d. Want de wetten in formele zin zijn dankzij art. 120 Grondwet dat de beoordeling van de grondwettigheid van de wet niet aan de rechter maar aan de wetgever zelf opdraagt, van toetsing vrijgesteld. Voor 1983, toen

3. Zie onder meer HR 26 januari 1990, NJ 1990, 251 (schadevergoeding ter zake van — achteraf gezien — onrechtmatig politie-optreden) met instructieve conclusie van wvd Adv. Gen. Bloembergen.

dit artikel zijn huidige formulering kreeg, was het niet anders.

Van de jurisprudentie vermeld ik het arrest van de Hoge Raad van 16 mei 1986, NJ 1987, 251 dat bekend staat als Landbouwvliegers. In twee op art. 13 Bestrijdingsmiddelenwet 1962 berustende regelingen (een algemene maatregel van bestuur en een ministeriële regeling) waren afstandseisen voor sproeivliegtuigen vastgesteld. Daartegen werd opgekomen door enkele verenigingen namens de landbouwluchtvaart, die economisch nadeel voor hun leden vreesden. Na bij de president van de Haagse rechtbank en het Haagse hof succes te hebben geboekt, ging het voor de eisers bij de Hoge Raad mis. Wel werd aanvaard dat algemeen verbindende voorschriften door de rechter getoetst mogen worden aan algemene rechtsbeginselen, maar er moet dan wel sprake zijn van willekeur en de rechter moet bij die toetsing terughoudendheid betrachten. Een uitspraak die nog steeds tot discussie over de betekenis en over de te verwachten komende jurisprudentie aanleiding geeft.⁴

Nieuw is ook de jurisprudentie inzake de onrechtmatige rechtspraak. Duidelijk is het uitgangspunt, verwoord in het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1971, NJ 1972, 137. Er is een gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Daarmee is onverenigbaar dat de in het ongelijk gestelde partij de gelegenheid zou hebben langs de weg van art. 1401 (nu 6:162) de juistheid van een rechterlijke beslissing nogmaals tot onderwerp van een nieuw geding te maken. Maar het is anders indien fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd. Die slag om de arm is wel een invite. Er wordt dan ook nog steeds geprobeerd de Staat aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige rechtspraak.

HET BESTUURSRECHT

Zowel de praktijk als de wetenschap van het bestuursrecht doen volop mee aan de ontwikkeling van het leerstuk van de onrechtmatige overheidsdaad. Het leerstuk is niet meer het exclusieve domein van het privaatrecht en van de daarin werkzame juristen en rechterlijke

4. Er is nog bijgekomen de zgn. Francovich-aansprakelijkheid. Het Hof van Justitie EG heeft in de betreffende zaak uitgemaakt dat de overheid aansprakelijk is bij niet tijdige omzetting van een niet-rechtstreeks werkende richtlijn. Zie daarover laatstelijk het preadvies van R.J.G.M. Widdershoven, Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa, uitgebracht voor de Algemene Vergadering van de Vereniging voor Administratief Recht op 10 mei 1996.

colleges. Een exclusiviteit die tot in de zeventiger jaren heeft voortgeduurd. Het is dan ook niet bijzonder dat in het boek van Wolfsbergen het bestuursrecht nauwelijks ter sprake komt. Alleen wordt in § 2 even herinnerd aan het Conflictenbesluit van 1822. Volgens dat besluit konden door het opwerpen van een 'conflict' aanspraken tegen de overheid aan de burgerlijke rechtspraak worden onttrokken.

Begrijpelijk was deze uitsluiting van het bestuursrecht overigens wel. Vooreerst waren privaatrecht en bestuursrecht al in de juridische opleiding gescheiden disciplines. De daarop volgende rechtspraktijk en wetenschappelijke rechtsbeoefening hadden weinig redenen om de op art. 1401 BW gebaseerde civielrechtelijke jurisprudentie uit te breiden en te compliceren met bestuursrechtelijke overwegingen. Bovendien was er van die kant ook niet veel te melden. Het bestuursrecht — vroeger veelal bekend onder de naam administratief recht — ontbeerde een algemene civiele rechtspraak met aan de top de Hoge Raad die voor richtinggevende jurisprudentie kon zorgen. Er was wel in de loop der jaren gepoogd om tot een algemene administratieve rechtspraak te komen maar het was er niet van gekomen. Achtereenvolgens zijn voorstellen gedaan voor een administratief hooggerechtshof in Utrecht (commissie Kappeyne van de Copello, 1894), administratieve kamers bij de gewone rechterlijke colleges (Loeff, 1905), uitbreiding van de Centrale Raad van Beroep tot administratief gerechtshof (Koolen, 1932) en verruiming van het administratief beroep op de Kroon, in plaats van algemene administratieve rechtspraak (de Monchy, 1950)

Inmiddels waren wel specialistische met bestuursrechtspraak belaste colleges in het leven geroepen. Het oudste is de Centrale Raad van Beroep met een onderbouw van Raden van Beroep (1902). Van na de oorlog zijn het College van Beroep voor het bedrijfsleven (1954) en de belastingkamers van de gerechtshoven (1956) die hun statuut vonden in de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie en de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken. Maar ook die colleges konden het bestuursrechtelijk isolement niet doorbreken. Dat is pas gebeurd toen in 1976 de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en de daarbij behorende Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen van start gingen en een begin werd gemaakt met algemene bestuursrechtspraak. Krachtens die wet kon beroep bij de Afdeling rechtspraak worden ingesteld tegen beschikkingen die niet tot de competentie van de specialistische bestuursrechtcolleges

behoorden. De vier gronden waren als volgt in art. 8 van de Wet Arob verwoord:

- a. de beschikking met een algemeen verbindend voorschrift strijdt;
- b. het administratieve orgaan bij het geven van de beschikking van zijn bevoegdheid kennelijk tot een ander doel gebruik heeft gemaakt dan tot de doeleinden, waartoe die bevoegdheid gegeven is;
- c. het administratieve orgaan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot de beschikking heeft kunnen komen;
- d. het administratieve orgaan anderszins heeft beschikt in strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

Alleen reeds afgemeten naar de hoeveelheid beroepen die sinds 1 juli 1976 bij de Afdeling zijn binnengekomen, kan gezegd worden dat deze aanvullende rechtsbescherming in een duidelijke behoefte heeft voorzien. De toestroom was zo groot dat mede daarom de rechterlijke organisatie op dit terrein moest worden herzien. Met ingang van 1 januari 1994 is deze zgn. Arob-rechtspraak overgebracht naar de 19 rechtbanken en heeft de Afdeling rechtspraak die sindsdien Afdeling bestuursrechtspraak is gaan heten, moeten terugtreden als bestuursrechter in eerste en enige instantie en is zij belast met het hoger beroep. Overigens moet hier dadelijk aan worden toegevoegd dat de Afdeling een belangrijk pakket zaken wel in eerste en enige aanleg berecht. Onder meer de milieugeschillen behoren tot dat pakket.

Ik laat verder een bespreking van de herziening van de administratieve rechtspraak rusten.⁵

Verderop in mijn bijdrage komt de Algemene wet bestuursrecht, die per 1 januari 1994 in werking is getreden, nog ter sprake. Te dezer plaatse nog twee opmerkingen. Ook de specialistische colleges zijn — met uitzondering van de belastingrechtspraak waarvoor de aansluiting in de maak is — aan het in de Awb geregelde uniforme bestuursprocesrecht onderworpen. En de vier beroepsgronden zijn in de tekst van de Awb niet terug te vinden. Deze beroepsgronden, die tevens als gronden van vernietiging fungeerden, zijn namelijk in de Awb op verschillende plaatsen gecodificeerd. Wel zegt art. 8:77 lid 2 Awb dat, indien de uitspraak strekt tot gegronde verklaring van het beroep, in de uitspraak wordt vermeld welke geschreven of onge-

5. Zie in de reeks Monografieën Awb het Leidse boek van G.P. Kleijn, A.E. Schilder, G.A.C.M. van Ballegooy en D.W. Bruil over Rechtsbescherming: bestuursrechtspraak en bestuursprocesrecht, 1994.

schreven rechtsregel of welk algemeen rechtsbeginsel geschonden wordt geoordeeld. Door dit lid 2 vonden de ontwerpers het niet nodig om de speciale toetsingsgronden (beroepsgronden) zoals onder meer in art. 8 Wet Arob te vinden, op te nemen.

Ik sluit dit uitstapje naar het bestuursrecht af, maar maak nog wel melding van het instituut van de Nationale ombudsman. Hoewel de rapporten van deze functionaris niet zoals rechterlijke uitspraken, besluiten van bestuursorganen ongedaan kunnen maken, zijn er wel degelijk bestuursrechtelijke gevolgen aan verbonden. In het jaarverslag 1995 zijn daarvan de nodige voorbeelden te vinden. Met name is belangrijk wat wordt gerapporteerd over klachten van burgers die stelden schade te hebben geleden door handelen of nalaten van de overheid. Het blijkt dat de Nationale ombudsman beslissingen op schadeclaims in beginsel aan de hand van het burgerlijk recht beoordeelt, maar ook nogal eens overwegingen van *coulance* laat meespreken en weet te bereiken dat overheidsorganen op die grond financiële tegemoetkomingen toekennen (p. 30-41).

DE ONTMOETINGEN

Onrechtmatige overheidsbesluiten kunnen dus in beginsel langs twee wegen worden aangevochten. Naast de civielrechtelijke weg van de onrechtmatige daad (art. 1401 eerst, thans art. 6:162) is er de mogelijkheid bij de bestuursrechter de vernietiging te verkrijgen. Waar de beroepen moeten worden aangebracht is niet altijd direct duidelijk. Maar er is in de verstreken twintig jaar wel veel opgehelderd. Met name de Hoge Raad, die voorheen grotendeels monopoliehouder was, heeft in een aantal arresten de terreinen afgebakend. De samenloop doet zich met name in vier situaties voor.

Als de bestuursrechter bevoegd is maar de burgerlijke rechter wordt benaderd, zal de laatstgenoemde de vordering niet ontvankelijk moeten verklaren. Bij de bestuursrechter wordt immers aan de belanghebbende voldoende rechtsbescherming geboden. De aanschrijving bestuursdwang hoort thuis bij de Arob-rechter en niet bij de burgerlijke rechter. Aldus HR 25 november 1977, NJ 1978, 255 in de zaak die bekend staat als het Loosdrechtse Plassenschap.

Kan een geschil bij de bestuursrechter met succes aanhangig worden gemaakt maar wordt dat nagelaten dan kan niet alsnog door de burgerlijke rechter daarover worden geoordeeld. We spreken dan van de formele rechtskracht van het betreffende bestuursbesluit. Die

formele rechtskracht is in een aantal arresten van de Hoge Raad neergelegd. Het is begonnen met het arrest van 16 mei 1986, dat bekend staat als Heesch-Van de Akker. Ik citeer uit een arrest van 8 september 1995, AB 1996, 57 (Utrecht-Budinovski):

‘Zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 16 mei 1986, NJ 1986, 723, dient de burgerlijke rechter, “wanneer tegen een beschikking een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan (zoals die ingevolge de Wet Arob)”, zo deze beroepsgang niet is gebruikt, in beginsel ervan uit te gaan dat die beschikking zowel wat haar wijze van tot stand komen als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Deze ook in latere uitspraken van de Hoge Raad tot uitdrukking gebrachte regel, berust op de gedachte dat een doelmatige taakverdeling tussen de administratieve rechter en de burgerlijke rechter geboden is.’

Is het besluit wèl bij de bestuursrechter aangevochten en met succes, dan moet de burgerlijke rechter van de juistheid van de door de bestuursrechter gedane uitspraak uitgaan. Dit is onder meer uitgaakt in de zaak St. Oedenrode (HR 24 februari 1984, NJ 1984, 669): het oordeel over de vraag of de beschikkingen in strijd met het recht — als nader bepaald in art. 8 lid 1 Wet Arob — zijn genomen, berust bij de Afdeling rechtspraak. De onrechtmatigheid van art. 6:162 staat vast. In het arrest Van Gog-Nederweert (31 mei 1991, AB 1992, 290) gaat de Hoge Raad een stap verder:

‘Indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een beschikking te nemen en te handhaven die naderhand door de rechter wordt vernietigd wegens strijd met de wet of op enige andere in art. 8 lid 1 Wet Arob vermelde grond — dan wel een overeenkomstige grond vermeld in enige andere administratieve wet —, is daarmede de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. Zelfs wanneer het overheidslichaam geen enkel verwijt treft moet worden aangenomen dat deze onrechtmatige daad in beginsel — in de terminologie van art. 6:162 NBW — voor rekening van het overheidslichaam komt. Niet uitgesloten is dat hierop in bijzondere omstandigheden een uitzondering moet worden gemaakt, ook dan wanneer het niet gaat om een vernietiging wegens strijd met de wet.’

In de hier besproken gevallen dat de burgerlijke rechter wordt ingeschakeld nadat de bestuursrechter over het geschil al zijn oordeel heeft gegeven, pleegt de inzet te zijn het verkrijgen van schadevergoeding. Op dat punt vinden tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter sinds 1 januari 1994 nieuwe ontmoetingen plaats. Hoewel voor die datum, onder de oude regimes, de onderscheidene bestuursrechters bij vernietiging van besluiten ook wel in uitzonder-

lijke gevallen schadevergoedingen konden toekennen, is nu die mogelijkheid aanzienlijk verruimd. Art. 8:73 Awb zegt het zo:

1. Indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, kan zij, indien daarvoor gronden zijn, op verzoek van een partij de door haar aangewezen rechtspersoon veroordelen tot vergoeding van de schade die die partij lijdt.
2. Indien de rechtbank de omvang van de schadevergoeding bij haar uitspraak niet of niet volledig kan vaststellen, bepaalt zij in haar uitspraak dat ter voorbereiding van een nadere uitspraak daarover het onderzoek wordt heropend. De rechtbank bepaalt daarbij op welke wijze het onderzoek wordt voortgezet.

KOMENDE WET- EN REGELGEVING

Met dit globale overzicht van jurisprudentie en recente ontwikkelingen in het burgerlijk recht en het bestuursrecht meen ik te mogen volstaan. Het is in elk geval voldoende voor het inzicht in de komende wet- en regelgeving met betrekking tot de onrechtmatige overheidsdaad. Er staat ons nog het een en ander te wachten.

In de eerste plaats maak ik melding van de evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht. Die zal er toe kunnen leiden dat wijzigingen in die wet worden aangebracht. Ingevolge art. 9:1 Awb moeten de Ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken binnen drie jaren na de inwerkingtreding van deze wet — dat is dus vóór 1 januari 1997 — en vervolgens telkens om de vijf jaren aan de Staten-Generaal een verslag zenden over de wijze waarop zij is toegepast. Aan de uitvoering van deze opdracht wordt thans hard gewerkt. Een aantal vakgroepen bestuursrecht waaronder de Leidse is belast met het voorbereidend onderzoek. Met name de werking en het lot van een aantal bepalingen uit hoofdstuk 8, dat het bestuursprocesrecht inhoudt, zijn voor ons onderwerp van belang.

Daartoe behoort onder meer het reeds besproken art. 8:73. Wie beslist na vernietiging van een besluit van een bestuursorgaan over de daardoor geleden schade? Is dat de bestuursrechter zelf of wordt de afdoening overgelaten aan de burgerlijke rechter? De uitkomst van het onderzoek zou tot een aanpassing van de wetstekst kunnen leiden. Maar nodig is dat niet. Reeds nu kan al worden verondersteld dat zal worden gekozen voor een afwachtende houding en voor het vertrouwen in de jurisprudentie. De tekst van het artikel laat in elk geval alle ruimte. Maar dat sluit niet uit dat toch enige ordening wordt aangebracht. Het gaat er bij deze evaluatie niet alleen maar om of de Awb al dan niet moet worden gewijzigd. Ten minste zo belangrijk is dat

wordt nagegaan of de praktijk, en dan speciaal de jurisprudentie, naar aanleiding van de resultaten van de evaluatie moet worden bijgesteld. De rechterlijke colleges kunnen uit het verslag lering trekken en, zo nodig, overstag gaan of retouches aanbrengen. Zij kunnen dat uit eigen beweging doen, mogelijk is ook dat zij — uiteraard met behoud van de rechterlijke onafhankelijkheid — beleidsafspraken maken en zo de rechtseenheid bevorderen. Ook dat is regelgeving.⁶

Er zijn nog andere artikelen in hoofdstuk 8 die de competentie van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter raken en die dus onze speciale aandacht bij het kennisnemen van het evaluatieverslag vragen. Zo sluit de concentratie op het besluit-begrip in art. 8:1 uit dat bij de bestuursrechter kan worden opgekomen tegen feitelijke handelingen en privaatrechtelijke rechtshandelingen van bestuursorganen. Daarvoor moet degene die deze wil aanvechten terecht bij de burgerlijke rechter. Die is de restrechter.

Dit is ook het geval met de besluiten inhoudende een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel. Die uitzondering is te vinden in art. 8:2. Ook hier dus weer de burgerlijke rechter die, zoals we hebben gezien, al langer met dat bijltje heeft gehakt. Bij de indiening van het wetsvoorstel werd de uitzondering met verschillende argumenten verdedigd. Gevreesd werd een overvloed van zaken. Die moest worden vermeden in de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie waarin de nieuwe bestuursrechtelijke colleges — met name de sectoren bestuursrecht van de 19 rechtbanken — toch al met vele nieuwe ontwikkelingen werden geconfronteerd. En rechtstreeks beroep tegen regels zou het openbaar bestuur belemmeren in de uitvoering van zijn beleid en zou veel onzekerheid geven. Die argumenten hebben de Tweede Kamer niet overtuigd. Een amendement Jurgens-Biesheuvel is aangenomen inhoudende dat vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet — dus per 1 januari 1999 — de uitzondering vervalst.

Een merkwaardige vorm van wetgeving! Een ingrijpende wijziging treedt automatisch in werking. Merkwaardig niet alleen vanwege het automatisme dat elke fundamentele discussie in het licht van nieuwe ontwikkelingen en inzichten — onder meer verkregen door

6. B.M.J. van der Meulen, De bestuursrechtelijke schadevordering is exclusief, Jurisprudentie bestuursrecht (JB), aflevering 5, 19 april 1996, bepleit dat de bestuursrechter het onderhavige terrein geheel onder zijn hoede neemt en dat de burgerlijke rechter zich daarvan geheel terugtrekt.

de evaluatie — al bij voorbaat uitsluit. Vreemd is ook dat niet is nagegaan of deze wijziging nog voorzieningen nodig of wenselijk maakt in de Awb of elders in de wetgeving. Gebeurt er niets dan zal de bestaande Awb de vragen die zeker zullen opkomen, moeten beantwoorden.

Intussen is het inzicht doorgebroken dat aanvullende wetgeving noodzakelijk is. Niets doen en dus de Awb onbeperkt laten gelden voor deze twee bijzondere categorieën van besluiten, willen de insiders niet. Maar over de inhoud van deze aanvullende wetgeving, bestaat allerm minst eenstemmigheid. De discussie over een preadvies van H.G. Lubberdink voor de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid op 29 maart 1996 liet dat al blijken. Moet het beroep tegen deze besluiten worden geconcentreerd bij één rechterlijk college dat in eerste en enige instantie oordeelt, moet de bezwaarschriftprocedure ook voor deze besluiten verplicht worden gesteld, moeten voorzieningen worden getroffen voor de kring van belanghebbenden die tegen deze besluiten kunnen opkomen? Er is nog wel meer. In elk geval is wel duidelijk dat niet zozeer de rijksoverheid met haar algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen maar vooral de provincies en gemeenten last zullen krijgen van deze uitbreiding.

Er komt nog meer wetgeving op ons af. De eerste en tweede tranche van de Awb die nu aan een evaluatie worden onderworpen, zijn inmiddels door een derde gevolgd. Het betreffende wetsvoorstel is door de Tweede Kamer aangenomen en zal, naar verwachting, de eindstreep halen en op 1 juli 1997 in werking kunnen treden. Omdat er geen onderwerpen in worden behandeld die van direct belang zijn voor de onrechtmatige overheidsdaad, kan ik er aan voorbijgaan. Dat geldt — zo blijkt uit een brief van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken van 19 juni 1996 aan de Tweede Kamer — ook voor de komende vierde tranche. Voor wat de vijfde betreft is het de bedoeling dat daarin een regeling voor de bestuurscompensatie zal worden opgenomen. Met een regeling van de bestuurscompensatie kan een einde worden gemaakt aan de onduidelijkheden rond de vraag of en zo ja onder welke omstandigheden schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaden kan worden toegekend. De vice-voorzitter van de commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht P.J.J. van Buuren heeft al een voorzet gegeven. In de aan de voorzitter van die commissie M. Scheltema in

1993 aangeboden bundel Beschouwingen over de Algemene wet bestuursrecht, getiteld Aantrekkelijke gedachten, heeft hij een drietal artikelen ontworpen die de hoofdmoot zouden kunnen vormen van een afdeling in hoofdstuk 4 van de Awb over nadeelcompensatie of schadevergoeding (p. 91-108).

Tenslotte maak ik gewag van de herziening van de rechterlijke organisatie. We hebben gezien dat de eerste fase van de herziening per 1 januari 1994 de bestuursrechtspraak heeft betroffen. Voor de tweede is op 21 maart jl. een omvangrijk wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend (24 651). Ik citeer uit de considerans:

‘dat het wenselijk is ... in de tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie de kantongerechten en de rechtbanken te integreren, het hoger beroep in alle daarvoor vatbare civiele zaken en strafzaken op te dragen aan de gerechtshoven, het burgerlijk procesrecht aan de integratie aan te passen en ook overigens te herzien ...’.

Met de derde fase zal de bestuursrechtspraak verder worden herzien. Het zal dan met name gaan om het hoger beroep dat nu nog over verschillende colleges is verdeeld. Moet dat worden geconcentreerd en bij welke colleges? Over die vragen wordt binnenskamers maar ook daarbuiten druk gediscussieerd en gespeculeerd. We mogen aannemen dat op korte termijn de voornemens van Justitie naar buiten komen. Voor de berechting van geschillen over onrechtmatige overheidsdaden zijn die van groot belang.

RECHTER EN WETGEVER

Een onderzoek naar de rechtsontwikkeling ter zake van de onrechtmatige overheidsdaad kan ook leerzaam zijn voor ons inzicht in de verhouding tussen rechter en wetgever.⁷

Die verhouding ligt telkens weer anders. In het privaatrecht wordt daar doorgaans anders over gedacht dan in het bestuursrecht. Civilisten zijn vanouds vertrouwd met de toepassing van jurisprudentierecht, zeker in het vermogensrecht. De lange, telkens weer oplaaiende strijd rond de totstandkoming van het nieuwe BW en dan speciaal de boeken 3, 5 en 6, laat zien hoe moeilijk civilisten het hebben met het

7. Ik mag wel verwijzen naar de bijdrage van J.M. Polak en M.V. Polak, *Faux pas ou pas de deux? Recent developments in the relationship between the legislature and the judiciary in the Netherlands*, *Netherlands International Law Review*, 1986, p. 371-411.

codificeren van het ongeschreven, grotendeels door rechterlijke uitspraken gevormde, recht. In het bestuursrecht ligt het zwaartepunt bij de wetgever. Dat is daarom zo, omdat de rechtspraak — zoals we hebben gezien — tot voor kort zeer verspreid lag en weinig op algemene gelding aanspraak kon maken. Pas door de Wet Arob en — naar te verwachten is — in sterkere mate nog door de Awb krijgt de jurisprudentie als rechtsbron meer kansen.

Voor wat het privaatrecht betreft, is de voorkeur voor rechtspraak niet over de gehele linie aanwijsbaar. Vranken heeft terecht een onderscheid gemaakt. ‘Mijn indruk is’ — zo lezen we in nr. 223 van zijn Algemeen Deel — ‘dat de praktijk in het algemeen beter weerstand weet te bieden aan de Sirenenzang van het rechtersrecht dan de literatuur. Ik wijs op de rechtspraak waaruit blijkt dat ook in gevallen waarin de druk om het voortouw te nemen sterk is, de rechter zich regelmatig zeer terughoudend heeft opgesteld.’

In die gevallen gaat het om vragen die niet van louter technische aard maar van maatschappelijke of levensbeschouwelijke aard zijn. De democratische legitimatie die de onafhankelijke rechter mist, dwingt ertoe de beslissing te laten aan regering en Staten-Generaal die gezamenlijk de wetgever vormen. Alleen als die het laat afweten en aan een beslissing door de rechter niet kan worden ontkomen, mag en moet die ingrijpen. Maar dan wel met alle voorbehoud en zonder zich in algemene zin uit te spreken.

Is er dus reden voor deze categorie rechtsvragen bij voorkeur het voortouw te laten aan de wetgever, naar mijn mening moet men verder gaan en in beginsel ook voor technische vragen kritisch staan tegenover langdurige vorming van jurisprudentie. Maar ik ben en was dan ook een warm voorstander van de codificatie van ons BW.⁸ De vrijheid die aan de jurisprudentie op het stuk van de onrechtmatige overheidsdaad is gelaten, is in een aantal opzichten, ik besef het ten volle, aantrekkelijk. Het leidt tot boeiende hersengymnastiek en het geeft de beoefening van het civiele recht een eigen plaats die buitenstaanders uitsluit en tot verheffing van het vak leidt. Maar men zal moeten erkennen dat de jurisprudentie veel meer onzekerheid biedt dan een wettelijke regeling waarin die jurisprudentie is vastgelegd en die kan steunen op een parlementaire wordingsgeschiedenis. Bij de

8. Zie onder meer mijn bijdrage in het NBW-special van Ned. Juristenblad 1993, p. 28.

arresten van de Hoge Raad missen we die authentieke interpretatie. De annotatoren en andere exegeten zijn er ook niet op uit om de handen ineen te slaan en een communis opinio uit te dragen waaraan we ons allen verder kunnen houden. De jurisprudentie op het stuk van de onrechtmatige overheidsdaad is een sprekend voorbeeld van deze onzekerheid.

DE EENHEID VAN HET RECHT EN DE INTERNE RECHTSVERGELIJKING

De ontwikkeling van de jurisprudentie en van de wet- en regelgeving ter zake van de onrechtmatige overheidsdaad leert ons nog iets anders. Het is zaak ernst te maken met de eenheid van het recht en met de interne rechtsvergelijking.⁹ De praktijk en de wetenschap die zich bezighouden met het privaatrecht en het bestuursrecht doen er goed aan deze disciplines in hun onderlinge samenhang toe te passen en te onderzoeken. En daarbij moet het niet blijven. Ook het strafrecht behoort er bij.

Het spreekt vanzelf dat ik in dit opstel dat over de onrechtmatige overheidsdaad moet gaan, een zo algemeen en veel omvattend onderwerp moet laten liggen. Laat mij mogen volstaan met enkele citaten uit twee boeken die als sieraden van het privaatrecht en het bestuursrecht mogen worden aangemerkt.

In het Algemeen Deel van Asser-Vranken lezen we dat eenheid van recht 'geen illusie is, maar een eis van behoren: vergelijkbare posities dienen door alle rechters, ongeacht hun rechtsgebied, vergelijkbaar te worden beoordeeld. Verschillen zijn alleen te rechtvaardigen indien en voor zover zij steunen op zakelijke argumenten' (p. 125) en even verderop (p. 128): 'Het belang van interne rechtsvergelijking is dat zij dwingt tot een openheid voor wat elders in het Nederlandse recht gebeurt. Meer dan ooit heeft zij het tij mee. Ik acht dit pure winst.'

Ook de bestuursrechtwetenschappers P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout oordelen in hun Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat positief over de eenheid. Maar zij relativiseren evenals Vranken wel. 'Bij alle waardering voor het uitgangspunt eenheid van recht is het naar onze mening wel zaak de typerende en onderscheiden kenmerken van de diverse vakgebieden in het oog te houden.' (deel I, 1996, p. 47).

9. Die term is van Bloembergen (Bouwwrecht 1977, p. 125 e.v.).

Er zijn verschillen. Dat is bij de totstandkoming van de Awb ook onderkend. Hoewel het bestuursprocesrecht en het burgerlijk procesrecht naar elkaar toe groeien, zijn er verschillende vertrekpunten. Voor bestuursrechters is een geschil met de overheid niet een geschil als alle andere. Bestuursrechters zijn georiënteerd op het gevoerde beleid, terwijl een civiele rechter een geschil, ook als daarin de overheid partij is, eerder beschouwt als een geïsoleerde casus waarin een rechtvaardige oplossing moet worden gevonden. Het verschil uit zich ook bij het omgaan met vage normen. Civiele rechters veroorloven zich bij de toepassing daarvan grotere vrijheden dan bestuursrechters.

TERUG NAAR WOLFSBERGEN

Uitgangspunt van mijn bijdrage is hoofdstuk VI van het boek van Wolfsbergen waarin hij de onrechtmatige daad der overheid behandelt. Vandaag de dag is er niet veel van dit hoofdstuk dat nog van direct praktisch belang is. De jurisprudentie die de hoofdmoot van zijn beschouwingen vormde, is door andere jurisprudentie achterhaald. En er zijn ook nieuwe vraagstukken die een beantwoording door de Hoge Raad vergden bijgekomen. De Hoge Raad en de daaronder ressorterende civiele rechtspraak van de lagere rechterlijke colleges hebben het niet meer alleen voor het zeggen. De bestuursrechters die in de tijd door Wolfsbergen beschreven, onopgemerkt door civilisten, hier en daar bescheiden bijdragen leverden, zijn thans door steun van de wetgever en eigen bijdragen in het volle licht komen te staan. De ontmoetingen tussen civiele rechters en bestuursrechters vragen alle aandacht van de praktijk en de wetenschap.

Een vergelijking van de situatie toen met die van nu is niettemin zinvol. Zoals externe en interne rechtsvergelijking onze inzichten verrijken, zo doet het de historische. Zij leert ons relativeren en vormt een goed tegenwicht tegen een dogmatische behandeling van het privaatrecht. Zij laat ontwikkelingen zien die niet alleen de onrechtmatige overheidsdaad raken maar voor het gehele privaatrecht van belang zijn. Ik denk dan met name aan de symbiose met het bestuursrecht en de groeiende betekenis van algemene beginselen.

Interessant en nuttig is de vergelijking ook omdat zij ons toont hoe belangrijk de feiten zijn voor de beslissingen van rechters en dus voor de ontwikkeling van de jurisprudentie. De plaatsruimte liet niet toe de feiten die aan de vermelde uitspraken ten grondslag lagen, te beschrij-

ven. Dat is jammer, want de feitelijke grondslagen bepalen voor een belangrijk deel de uitkomsten. Zij behoren daarom in de juridische opleiding en scholing alle aandacht te krijgen, zoals ook het geval is met de omzetting van de vastgestelde feiten in juridische vormen en conclusies. Het is leerzaam kennis te nemen van kritiek of commentaar op de aanpak van geschillen die de Hoge Raad hebben gehaald en bekendheid hebben gekregen. Ik geef twee voorbeelden, één ontleend aan Wolfsbergen, de ander aan H. Drion in een beschouwing uit 1970.¹⁰

De kritiek van Wolfsbergen betrof de aanpak in het Strooppot-arrest. De scheepsbouwer Rijdsdijk met zijn bedrijf aan het water 'de Strooppot' sprak de overheid die door baggerwerken in de nabij gelegen Noord het vaarwater van de Strooppot liet verzanden aan wegens onzorgvuldig handelen. De eis van zorgvuldigheid, zo liet de Hoge Raad weten, ziet slechts op

'het verkeer tusschen bijzondere personen onderling, daaronder begrepen het verkeer waaraan de Overheid op gelijke voet als een bijzonder persoon deelneemt, zoodat voormelde norm niet beheerscht die gevallen, waarin aan de Overheid niet anders of meer wordt verweten, dan dat zij door te kort te schieten in haar verplichting om de taak, die op haar als zoodanig rust naar behooren te vervullen — in dit geval door onvoldoende te zorgen voor de bevaarbaarheid van openbaar vaarwater onder haar beheer — belangen heeft gekrenkt'.

Een overweging waarmede de commentatoren nogal in hun maag zaten. Ook Wolfsbergen had problemen en wees erop dat Rijdsdijk had moeten stellen dat zijn eigendom was aangetast en dat hij het dus 'over een andere boeg gooiend, op toewijzing een behoorlijke kans had gehad' (p. 116).

Drion toont aan dat de casus van de Rhedense koe ook nu nog bruikbaar is voor de discussie over de onrechtmatige overheidsdaad. Ik laat hem aan het woord: 'Wat het arrest ook nu nog interessant maakt, is dat het zo goed illustreert, hoe het mogelijk is langs verschillende juridische wegen in concreto tot een zelfde resultaat te komen, en hoe belangrijk dan toch, als precedent de keuze tussen de ene of de andere weg kan zijn. Het is nl. niet onwaarschijnlijk, dat als het geval van de hoornwoeste koe zeventig jaar later beslist had moeten worden, de vordering óók zou zijn afgewezen, maar dan niet

10. Overheid en onrechtmatige daad, Jubileumnummer WPNR 1870-1970, 'De overheid in het privaatrecht' (5067).

op grond van het simpele feit dat de burgemeester en zijn veldwachters een publiekrechtelijke taak uitoefenden en dus alleen publiekrechtelijke verplichtingen zouden hebben kunnen schenden, maar op grond van de overweging dat de burgemeester “bij afweging van alle in aanmerking komende belangen in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen”, om de klassieke naoorlogse formulering van de afwezigheid van “kennelijke willekeur” te citeren’.

De vergelijking tussen toen en nu is ook waardevol als postuum eerbetoon. Ook in de andere bijdragen die in deze bundel zullen worden opgenomen, zal dat ongetwijfeld naar voren worden gebracht. Mede daarom heb ik het verzoek van de redactie om aan een onderdeel van de monografie van Wolfsbergen aandacht te besteden, gaarne aanvaard.